

Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert in § 9

MitbestG

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Nach § 9 I MitbestG werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern durch Delegierte gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschließen. § 9 II MitbestG bestimmt, dass die Wahl in Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 8000 Arbeitnehmern in unmittelbarer Wahl erfolgt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die Wahl durch Delegierte beschließen. Die Wahlart hängt daher von der Anzahl der dem Unternehmen in der Regel angehörenden Arbeitnehmer ab.

2. Das Mitbestimmungsgesetz definiert den Begriff „Arbeitnehmer“ nicht selbst. § 3 I 1 Nr. 1 MitbestG verweist auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 I BetrVG, der ebenfalls keine Definition des Arbeitnehmerbegriffs enthält, sondern diesen voraussetzt. Die für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff grundsätzlich maßgebliche „Zwei-Komponenten-

BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert in § 9 MitbestG(NZA 2016, 559)

560

Lehre“, nach der zu den konstitutiven Merkmalen einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in dessen Betriebsorganisation gehört, führt beim drittbezogenen Personaleinsatz und einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Wegen der insoweit gebotenen normzweckorientierten Auslegung der jeweiligen, auf den oder die Arbeitnehmer abstellenden Vorschrift lässt sich auch die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind, nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Schwellenwert beantworten.

3. Unter Berücksichtigung der Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im Hinblick auf den für das Wahlverfahren maßgeblichen Schwellenwert des § 9 I und II MitbestG zählen auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer danach zu den Arbeitnehmern im Sinne der Vorschrift. Die in § 9 MitbestG zum Ausdruck gelangte Wertentscheidung, dass die Wahlberechtigten über die Art der Wahl befinden können, schließt es aus, wahlberechtigte Personen bei dem Schwellenwert nicht zu berücksichtigen.

4. Anders als bei Betriebsratswahlen sind gerichtliche Eingriffe in das vom Hauptwahlvorstand eingeleitete, noch nicht abgeschlossene Wahlverfahren nicht auf Nichtigkeitsfälle begrenzt. Die anfechtungsberechtigten Arbeitnehmer sind deshalb nicht darauf verwiesen, die vom Hauptwahlvorstand eingeleitete Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer abzuwarten und diese gegebenenfalls anschließend anzufechten. Vielmehr ist zur Vermeidung einer Wahlanfechtung eine gerichtliche Kontrolle bereits während des Wahlverfahrens zulässig, um rechtzeitig fehlerhafte Maßnahmen des Hauptwahlvorstands korrigieren, unterlassene Handlungen durchsetzen und Störungen ausschließen zu können. Anders als bei einer Betriebsratswahl kann dadurch kein

mitbestimmungsfreier Zustand entstehen, sondern allenfalls eine zeitlich begrenzte Ersatzbestellung der Arbeitnehmervertreter nach § 104 II und III AktG erforderlich werden.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu 2 und 3: BAGE 144, 340 = NZA 2013, 789; BAGE 144, 74 = NZA 2013, 793.

Zu 4: Abgrenzung zu BAGE 138, 377 = NZA 2012, 345.

MitbestG §§ 9 I bis III, 1, 3 I, 4, 5, 6 II 1, 10 II 2, 15 I 1, 18 S. 2, 21 II 1 Nr. 1, 22 II 1 Nr. 1; AktG §§ 102, 104 II und III, 111; AÜG §§ 1 I 2, 14 II; BetrVG §§ 7 S. 2, 9 S. 1, 19 I und II, 20 III 1; BWahlG § 49; RL 2008/104/EG Art. 7; Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz §§ 2 I, 13 II; ZPO §§ 253 II Nr. 2, 322 I

Auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeiter zählen bei dem für das Wahlverfahren maßgeblichen Schwellenwert des § 9 I und II MitbestG mit.

BAG, *Beschl.* v. 4.11.2015 – 7 ABR 42/13 (LAG Hessen, *Beschl.* v. 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. streiten darüber, ob die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer als Delegiertenwahl oder als unmittelbare Wahl durchzuführen ist.

Die Bet. zu 1 bis 14 sind Arbeitnehmer der Bet. zu 16. Diese hält 100 % der Geschäftsanteile der Bet. zu 17 und 18. Es besteht ein Aufsichtsrat mit je acht Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Nachdem die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in der Vergangenheit auf Antrag der IG BCE durch Beschluss des AG gem. § 104 III Nr. 2 AktG iVm § 6 II 1 MitbestG bestellt worden waren, wurde der bei der Bet. zu 16 bestehende Gesamtbetriebsrat durch Beschluss des *LAG Hessen* vom 29.7.2010 (9 TaBV 4/10, BeckRS 2011, 66077) verpflichtet, im Unternehmen der Bet. zu 16 einen aus drei Mitgliedern bestehenden Hauptwahlvorstand zur Durchführung der Aufsichtsratswahlen nach dem MitbestG 1976 zu bestellen.

Das zu 16 beteiligte Unternehmen gab durch Aushang am 12.5.2011 bekannt, dass bei den Bet. zu 16 bis 18 insgesamt 7678 Arbeitnehmer beschäftigt seien. Dabei wurden Leiharbeiter nicht berücksichtigt. In seiner Sitzung vom 5.7.2011 stellte der zu 15 beteiligte Hauptwahlvorstand demgegenüber für den 1.7.2011 eine Gesamtbeschäftigtenzahl von 8341 Personen fest, von denen er 8176 als wahlberechtigt ansah. Dabei berücksichtigte er 444 wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen. Mit am 11.7.2011 ausgehängter Bekanntmachung vom 5.7.2011 teilte der Hauptwahlvorstand mit, dass die Wahl gem. § 9 I MitbestG als Delegiertenwahl durchgeführt werde, wenn nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschließen. Ein Antrag der Arbeitnehmer auf unmittelbare Wahl wurde nicht gestellt. Einsprüche gegen die beabsichtigte Delegiertenwahl wurden nicht erhoben.

Auf Antrag der Bet. zu 1 bis 14 untersagte das *LAG* dem Hauptwahlvorstand im einstweiligen Rechtsschutz bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, die Wahl als Delegiertenwahl durchzuführen.

In dem vorliegenden Hauptsacheverfahren haben die Bet. zu 1 bis 14 die Auffassung vertreten, es habe eine unmittelbare Wahl stattzufinden, da Leiharbeiter bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl nach § 9 I und II MitbestG nicht berücksichtigt werden dürften. § 3 I MitbestG verweise wegen des Arbeitnehmerbegriffs im Mitbestimmungsrecht auf § 5 I BetrVG, der

Leiharbeiter nicht erfasse. Etwas anderes lasse sich auch für § 9 I und II MitbestG nicht daraus herleiten, dass Leiharbeiter unter bestimmten Voraussetzungen bei den Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer aktiv wahlberechtigt seien. Der Gesetzgeber habe die Ermittlung der Schwellenwerte für das Wahlverfahren nicht an eine bestimmte Anzahl wahlberechtigter Arbeitnehmer geknüpft, sondern auf die Zahl der regelmäßig dem Unternehmen angehörenden Arbeitnehmer abgestellt. Leiharbeiter seien allenfalls dann zu berücksichtigen, wenn durch ihren Einsatz ein dauerhafter betrieblicher Arbeitskräftebedarf abgedeckt werde. Zu den „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmern iSv § 9 I MitbestG könnten nur solche Arbeitnehmer gehören, die nicht nur vorübergehend im Unternehmen beschäftigt würden. Nach § 1 I 2 AÜG, der seit dem 1.12.2011 den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitern untersage, spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass Leiharbeiter nicht zur Befriedigung eines dauerhaften Bedarfs eingesetzt würden. Zudem habe der Hauptwahlvorstand die Anzahl der auf Stammarbeitsplätzen beschäftigten Leiharbeiter unzutreffend ermittelt. Er habe keinen angemessenen Referenzzeitraum zu Grunde gelegt. Im Jahr 2011 seien Leiharbeiter in der Produktion zum größten Teil deshalb eingesetzt worden, um dem Beschäftigungsbedarf auf Grund einer Sonderkonjunktur Rechnung zu tragen. Für 2012 sei ein Produktionsrückgang geplant gewesen. Am 31.3.2012 hätten nur noch 168 Leiharbeiter im Konzern gearbeitet.

Die Bet. zu 1 bis 14 haben beantragt, dem Hauptwahlvorstand (Bet. zu 15) aufzugeben, die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zu dem bei der Bet. zu 16 bestehenden Aufsichtsrat in unmittelbarer Wahl nach § 9 II MitbestG durchzuführen.

Die Bet. zu 15 bis 18 haben beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie haben die Ansicht vertreten, die wahlberechtigten Leiharbeiter seien bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl nach § 9 MitbestG mitzuzählen. § 9 MitbestG ziele mit der Delegiertenwahl in größeren Unternehmen auf eine Steigerung der Transparenz und wirksamere Einflussnahme der in kleineren Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer auf die Wahl. Hierfür sei es unerheblich, ob die Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder mit Leiharbeitern besetzt seien. Für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl reiche bei Unternehmen, deren Belegschaftsstärke stark schwanke, ein Referenzzeitraum von sechs Monaten aus. Zum Zeitpunkt der Einleitung der Wahl im Juli 2011 sei nicht absehbar gewesen, dass die Zahl der Leiharbeiter auf Grund eines Beschäftigungseinbruchs Ende März 2012 auf unter 200 absinken würde.

Das *ArbG Offenbach a. M.* (Beschl. v. 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531) hat den Antrag abgewiesen. Das *LAG Hessen* (Beschl. v. 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12, BeckRS 2013, 70446) hat die Beschwerde der Bet. zu 1 bis 14 zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgen die Bet. zu 1 bis 14 ihren Antrag weiter. Die Bet. zu 15 bis 18 begehren die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. Die Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitern beim Schwellenwert in § 9 MitbestG (NZA 2016, 559)

561

Aus den Gründen:

[10]B. Zu Recht haben die Vorinstanzen den Antrag abgewiesen. Der zulässige Antrag ist unbegründet. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter zu dem bei der Bet. zu 16 bestehenden Aufsichtsrat ist nicht nach § 9 II MitbestG in unmittelbarer Wahl, sondern nach § 9 I MitbestG als Delegiertenwahl durchzuführen. Der Hauptwahlvorstand hat zutreffend festgestellt, dass den Bet.

zu 16 bis 18 regelmäßig mehr als 8000 Arbeitnehmer iSv § 9 I und II MitbestG angehören. Dabei hat der Hauptwahlvorstand zu Recht 444 auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer berücksichtigt.

[11]I. Der Antrag, dem Hauptwahlvorstand aufzugeben, die Wahlen der Arbeitnehmervereiter zu dem bei der Bet. zu 16 bestehenden Aufsichtsrat in unmittelbarer Wahl nach § 9 II MitbestG durchzuführen, ist zulässig.

[12]1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSd § 253 II Nr. 2 ZPO, der im Beschlussverfahren entsprechende Anwendung findet.

[13]a) Nach § 253 II Nr. 2 ZPO muss die Antragschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Das ist erforderlich, um zu klären, worüber das Gericht entscheidet und worauf sich der objektive Umfang der Rechtskraft einer Sachentscheidung iSv § 322 I ZPO erstreckt. Dazu ist es ausreichend, wenn der Antrag in einer dem Bestimmtheitsanforderung genügenden Weise ausgelegt werden kann. Das Gericht ist daher gehalten, eine entsprechende Auslegung des Antrags vorzunehmen, wenn hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird (*BAG*, Beschl. v. 11.2.2015 – 7 ABR 98/12, BeckRS 2015, 69307 Rn. 14).

[14]b) Der Antrag bezieht sich nach der Antragsbegründung auf die konkrete Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, die der Hauptwahlvorstand mit der Bekanntmachung vom 5.7.2011 nach § 13 II der Dritten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz (3. WO) eingeleitet hat. Diese Wahl war auch Gegenstand des im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Beschlusses vom 22.9.2011, mit dem das LAG dem Hauptwahlvorstand untersagt hat, die Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache als Delegiertenwahl durchzuführen. Für einen von der konkret eingeleiteten Wahl unabhängigen Antrag würde zudem das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Die Wahl durch Delegierte oder als unmittelbare Wahl hängt nach § 9 MitbestG zunächst von der Feststellung des Hauptwahlvorstands ab, ob dem Unternehmen in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmer angehören oder nicht. Dafür sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Hauptwahlvorstands über die Bekanntmachung nach § 13 3. WO entscheidend. Mit der Bekanntmachung wird die maßgebliche Wahlart für das gesamte weitere Wahlverfahren festgeschrieben. Spätere Veränderungen der Belegschaftsstärke können hieran nichts mehr ändern (*Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., § 9 MitbestG Rn. 11; *WWKK/Wißmann*, 4. Aufl., § 9 Rn. 8; *Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, 6. Aufl., § 9 Rn. 5). Eine Änderung der Wahlart kommt nur auf Grund eines Beschlusses der Arbeitnehmer nach § 9 I und II MitbestG in Betracht. Es ist daher für jede konkrete Wahl vom jeweiligen Hauptwahlvorstand gesondert anhand der regelmäßigen Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Bekanntmachung nach § 13 3. WO zu ermitteln, in welcher Wahlart die Wahl durchzuführen ist. Da sich bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer stets Änderungen ergeben können, kann nicht unabhängig von einer bestimmten Wahl geklärt werden, ob in einem Unternehmen oder Konzern die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch Delegierte oder in unmittelbarer Wahl zu wählen sind.

[15]2. Die Bet. zu 1 bis 14 sind antragsbefugt.

[16]a) Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ist ein Beteiligter antragsbefugt, wenn er durch die begehrte Entscheidung in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann. Das ist

regelmäßig dann der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint (*BAG*, Beschl. v. 17.2.2015 – 1 ABR 41/13, BeckRS 2015, 69634 Rn. 16; *BAG*, Beschl. v. 22.7.2014 – 1 ABR 94/12, BeckRS 2014, 74367 Rn. 12; *BAGE* 37, 31 = BeckRS 9998, 148327 [zu B II 3 a]).

[17]b) Danach sind die Bet. zu 1 bis 14 antragsbefugt. Der Hauptwahlvorstand kann bereits während des Wahlverfahrens auf Antrag von mindestens drei nach § 22 II 1 Nr. 1 MitbestG anfechtungsberechtigten Arbeitnehmern durch eine gerichtliche Entscheidung dazu verpflichtet werden, die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in unmittelbarer Wahl nach § 9 II MitbestG durchzuführen, obwohl die Wahl nach seiner (unzutreffenden) Beurteilung als Delegiertenwahl nach § 9 I MitbestG stattzufinden hat. Anders als bei Betriebsratswahlen sind die anfechtungsberechtigten Arbeitnehmer nicht darauf verwiesen, die vom Hauptwahlvorstand eingeleitete Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer abzuwarten und diese gegebenenfalls anschließend anzufechten. Vielmehr ist zur Vermeidung einer Wahlanfechtung eine gerichtliche Kontrolle bereits während des Wahlverfahrens zulässig, um rechtzeitig fehlerhafte Maßnahmen des Hauptwahlvorstands korrigieren, unterlassene Handlungen durchsetzen und Störungen ausschließen zu können (vgl. *BAGE* 37, 31 = BeckRS 9998, 148327; *Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, vor § 9 MitbestG Rn. 59; *ErfK/Oetker*, 15. Aufl., § 22 MitbestG Rn. 4; *Raiser/Jacobs* in *Raiser/Veil/Jacobs*, § 22 Rn. 24; *WWKK/Wißmann*, § 22 Rn. 61 mwN). Gegenstand einer vorgezogenen gerichtlichen Kontrolle können Handlungen und Unterlassungen des Hauptwahlvorstands sein, die zu einer Wahlanfechtung führen können (*Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, vor § 9 MitbestG Rn. 61; *Raiser/Jacobs* in *Raiser/Veil/Jacobs*, § 22 Rn. 26; *WWKK/Wißmann*, § 22 Rn. 63 mwN). Antragsberechtigt ist, wer nach § 22 II MitbestG zur Anfechtung der Wahl berechtigt ist (*Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, vor § 9 MitbestG Rn. 68; *Raiser/Jacobs* in *Raiser/Veil/Jacobs*, § 22 Rn. 28; *WWKK/Wißmann*, § 22 Rn. 65 mwN). Soweit das *BAG* bei Betriebsratswahlen eine solche vorgezogene Rechtsschutzmöglichkeit grundsätzlich als nicht zulässig erachtet, ist dies auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht übertragbar.

[18]aa) Nach der Rechtsprechung des *Senats* darf bei einer Betriebsratswahl in die Entscheidungen des Wahlvorstands allenfalls dann eingegriffen werden, wenn die Wahl mit einem zur Nichtigkeit führenden Fehler behaftet ist. Die bloße Anfechtbarkeit genügt nicht (grundlegend *BAGE* 138, 377 = *NZA* 2012, 345 Rn. 25 ff. mwN zum Streitstand). Dies beruht darauf, dass eine erfolgreiche Wahlanfechtung nach § 19 I BetrVG keine rückwirkende Kraft hat, sondern nur für die Zukunft wirkt. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt auch ein nicht ordnungsgemäß gewählter Betriebsrat mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Würde schon im Fall der voraussichtlich sicheren Anfechtbarkeit der bevorstehenden Wahl ein Eingriff in die Wahl durch ein zeitaufwendiges

BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert in § 9 MitbestG (*NZA* 2016, 559)

562

vorgezogenes gerichtliches Kontrollverfahren zugelassen, würde verhindert, dass zumindest vorläufig ein Betriebsrat zustande kommt, wie es das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht. Damit würde ein betriebsratsloser Zustand entstehen oder aufrechterhalten, der nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes lediglich bei einer nichtigen Wahl eintreten darf (vgl. zum Antrag auf Abbruch einer Betriebsratswahl *BAGE* 138, 377 = *NZA* 2012, 345 Rn. 29–34).

[19]bb) Diese Erwägungen gelten für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht.

[20](1) Zwar regeln auch das Mitbestimmungsgesetz und die Wahlordnungen hierzu nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen in eine eingeleitete Aufsichtsratswahl eingegriffen werden kann und wer hierfür antragsberechtigt ist (WWKK/*Wißmann*, § 22 Rn. 60 unter Hinweis auf die „eher unbedeutende“ Ausnahme in § 10 III 1.WO, § 10 III 2.WO und § 10 III 3.WO zur gerichtlichen Durchsetzung eines Änderungsverlangens einzelner Arbeitnehmer/innen auf Antrag eines Mitglieds des Betriebswahlvorstands). § 22 I und II MitbestG sieht wie § 19 I und II BetrVG ebenfalls nur die Anfechtung einer durchgeführten Wahl vor. Eine erfolgreiche Wahlanfechtung entfaltet danach keine Rückwirkung, sondern wirkt nur für die Zukunft. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt ein nicht ordnungsgemäß gewählter Aufsichtsrat mit allen Befugnissen im Amt (WWKK/*Wißmann*, § 22 Rn. 56 f.; vgl. zum BetrVG *BAGE* 138, 377 = *NZA* 2012, 345 Rn. 32).

[21](2) Allerdings hat eine Verzögerung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch ein vorgezogenes gerichtliches Kontrollverfahren keine vergleichbaren Auswirkungen wie eine Verzögerung einer Betriebsratswahl. Dadurch kann – anders als bei einer Betriebsratswahl – kein mitbestimmungsfreier Zustand entstehen, sondern allenfalls eine zeitlich begrenzte Ersatzbestellung der Arbeitnehmervertreter nach § 104 II und III AktG erforderlich werden. Deshalb sind gerichtliche Eingriffe in das vom Wahlvorstand eingeleitete, noch nicht abgeschlossene Verfahren statthaft und nicht auf Nichtigkeitsfälle begrenzt (*Raiser/Jacobs* in *Raiser/Veil/Jacobs*, § 22 Rn. 25; WWKK/*Wißmann*, § 22 Rn. 82 mwN; aA *Fuchs/Köstler/Pütz*, Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 5. Aufl., Rn. 632).

[22]3. Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht dadurch entfallen, dass seit dem Aushang der Bekanntmachung des Hauptwahlvorstands am 11.7.2011 inzwischen ein Zeitraum von über vier Jahren verstrichen ist. Das Rechtsschutzbedürfnis für das vorgezogene gerichtliche Kontrollverfahren entfällt durch Zeitablauf erst dann, wenn die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer endet und die begehrte Entscheidung damit keinen Einfluss mehr auf die Aufsichtsratswahl haben kann (WWKK/*Wißmann*, § 22 Rn. 72 f., 85). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

[23]a) § 15 I 1 MitbestG verweist hinsichtlich der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer auf die für Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner geltenden Bestimmungen. Die für alle Aufsichtsratsmitglieder geltende Höchstdauer der Amtszeit bestimmt sich nach § 6 II 1 MitbestG iVm § 102 AktG. Danach können Aufsichtsratsmitglieder nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Anteilseignerversammlung bestellt werden, die über die Entlastung des Aufsichtsrats für das vierte Geschäftsjahr nach Beginn der Amtszeit beschließt. Die Amtszeit beginnt in der Regel nicht bereits mit der Wahl, sondern in dem in der Satzung oder bei der Bestellung bestimmten Zeitpunkt. Die höchstzulässige Amtszeit beträgt damit etwa fünf Jahre, weil die Entlastung des Aufsichtsrats in den ersten acht Monaten eines Geschäftsjahres für das vorangegangene Geschäftsjahr beschlossen werden muss (vgl. im Einzelnen WWKK/*Wißmann*, § 6 Rn. 66 f., § 15 Rn. 144 ff.).

[24]b) Danach ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Das LAG hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zur Dauer der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder im Unternehmen der Bet. zu 16 getroffen. Auf Grund der Bekanntmachung des Hauptwahlvorstands vom 5.7.2011

ist aber davon auszugehen, dass die Höchstdauer der Amtszeit nicht vor der Entscheidung des *Senats* am 4.11.2015 geendet hat. Die Bet. haben sich nicht auf ein früheres Ende der Amtszeit berufen.

[25]II. Der Antrag ist nicht begründet. Die Wahl ist nicht nach § 9 II MitbestG in unmittelbarer Wahl, sondern gem. § 9 I MitbestG als Delegiertenwahl durchzuführen. Dies hat das *LAG* zutreffend erkannt.

[26]1. Nach § 9 I MitbestG werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern durch Delegierte gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschließen. § 9 II MitbestG bestimmt, dass die Wahl in Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 8000 Arbeitnehmern in unmittelbarer Wahl erfolgt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die Wahl durch Delegierte beschließen. Die Wahlart hängt daher von der Anzahl der dem Unternehmen in der Regel angehörenden Arbeitnehmer ab.

[27]2. Das Mitbestimmungsgesetz definiert den Begriff „Arbeitnehmer“ nicht selbst, sondern verweist in § 3 I 1 Nr. 1 MitbestG auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 I BetrVG.

[28]a) Allerdings enthält auch § 5 I BetrVG keine Definition des Arbeitnehmerbegriffs, sondern setzt diesen voraus. Dabei geht das Betriebsverfassungsgesetz in § 5 I 1 vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus, den es in § 5 I 2 und 3, II und III erweitert sowie einschränkt. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. *BAGE* 144, 74 = *NZA* 2013, 793 Rn. 17 mwN). Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer und dem Inhaber eines Betriebs genügt allerdings nicht in jedem Fall, um die Beurteilung zu rechtfertigen, der Arbeitnehmer sei auch im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn Arbeitnehmer „des Betriebs“. Erforderlich ist hierzu vielmehr die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb. Diese setzt regelmäßig voraus, dass der Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert ist (vgl. *BAGE* 144, 74 = *NZA* 2013, 793 Rn. 18 mwN).

[29]b) Diese so genannte „Zwei-Komponenten-Lehre“, nach der zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits die tatsächliche Eingliederung in dessen Betriebsorganisation gehört (*BAGE* 112, 305 = *NZA* 2005, 707 [zu B II 1] mwN), wird regelmäßig ohne Weiteres der „Normalfall-Gestaltung“ gerecht, „die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Arbeitnehmer auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrags in der einzigen Betriebsstätte seines Arbeitgebers unselbstständige, fremdbestimmte Arbeit tatsächlich leistet“ (*Raab* in *GK-BetrVG*, 10. Aufl., § 7 Rn. 24). Schwierigkeiten entstehen aber bei atypischen Fall

BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert in § 9 MitbestG (*NZA* 2016, 559)

563

gestaltungen, insbesondere beim so genannten „drittbezogenen Personaleinsatz“, also beim Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern in Drittbetrieben. Hier ist die „Arbeitgeberstellung aufgespalten“ (*Raab* in *GK-BetrVG*, § 7 Rn. 50). Der zum „Vertragsarbeitgeber“ in arbeitsvertraglicher Beziehung stehende Arbeitnehmer ist in den Betrieb des „Betriebsarbeitgebers“ eingegliedert. Beim

drittbezogenen Personaleinsatz führt die reine „Zwei-Komponenten-Lehre“ nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Ihre uneingeschränkte Anwendung hätte vielmehr zur Folge, dass der Arbeitnehmer einerseits dem Betrieb seines Vertragsarbeitgebers mangels Eingliederung nicht zugeordnet werden könnte, während es andererseits zum Betriebsarbeitgeber an einem arbeitsvertraglichen Band fehlt. In derartigen Fällen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung bedarf es daher einer differenzierten Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Arbeitnehmern. Diese hat zum einen zu beachten, dass der Gesetzgeber die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung des drittbezogenen Personaleinsatzes bereits zu einem nicht unbeträchtlichen Umfang teils im Betriebsverfassungsgesetz, teils in anderen Gesetzen geregelt hat. Zum anderen gilt es zu berücksichtigen, dass im Betriebsverfassungsgesetz in ganz unterschiedlichem Zusammenhang auf den „Arbeitnehmer“ abgestellt wird (vgl. *BAGE* 144, 74 = NZA 2013, 793 Rn. 20). Daher sind beim drittbezogenen Personaleinsatz und einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung differenzierende Lösungen geboten, die zum einen die ausdrücklich normierten (spezial-)gesetzlichen Konzepte, zum anderen aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen berücksichtigen. Dabei ist eine normzweckorientierte Auslegung der jeweiligen auf den oder die Arbeitnehmer abstellenden Vorschrift geboten (*BAGE* 144, 74 = NZA 2013, 793 Rn. 25). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der *Senat* an seiner früheren Rechtsprechung, Leiharbeiter seien im Rahmen der in § 9 S. 1 BetrVG bestimmten, für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Schwellenwerte nicht zu berücksichtigen (*BAGE* 106, 64 = NZA 2003, 1345 [zu II 2 a]; *BAGE* 110, 27 = NZA 2004, 1340 [zu B I 1 a]), nicht festgehalten und entschieden, dass bei einer insbesondere am Sinn und Zweck der Schwellenwerte in § 9 BetrVG orientierten Auslegung des Gesetzes die in der Regel beschäftigten Leiharbeiter mitzuzählen sind (*BAGE* 144, 340 = NZA 2013, 789 Rn. 21 ff.).

[30]c) Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Schwellenwerte im Mitbestimmungsgesetz. Die Frage, ob Leiharbeiter bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind, lässt sich damit nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Schwellenwert beantworten. Es kommt daher vorliegend darauf an, welche Funktion dem Arbeitnehmerbegriff im Hinblick auf den Schwellenwert des § 9 I und II MitbestG zukommt. Dies erfordert keine Entscheidung darüber, ob Leiharbeiter bei dem Schwellenwert des § 1 I Nr. 2 MitbestG, von dem es abhängt, ob die Arbeitnehmer in den dort genannten Unternehmen ein Mitbestimmungsrecht nach dem Mitbestimmungsgesetz haben, berücksichtigt werden müssen (dafür: *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814; *WWKK/Koberski*, § 1 Rn. 35; *Köstler*, EWIR 2014, 347; *Schaub/Koch*, ArbR-HdB, 16. Aufl., § 260 Rn. 3; *MüArbR/Wißmann*, 3. Aufl., § 279 Rn. 5; *WWKK/Wißmann*, vor § 9 Rn. 108; dagegen: *OLG Hamburg*, NZA 2014, 858 Rn. 32 f.; *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300; *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229 [2231]; *Lunk*, NZG 2014, 778 [779]). Es geht auch nicht um die Berücksichtigung von Leihararbeitern bei den für die Größe des Aufsichtsrats nach § 7 MitbestG maßgeblichen Schwellenwerten, sondern allein um den für die Art des Wahlverfahrens nach § 9 MitbestG geltenden Schwellenwert. Das LAG hat zutreffend erkannt, dass auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeiter insoweit mitzählen (vgl. auch *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814 [819 f.]; *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2212, 2216 f., 2220]; *ErfK/Oetker*, § 9 MitbestG Rn. 1; aA *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300; *Krüger*, EWIR 2013, 627 [628]).

[31]aa) Der Wortlaut des § 9 I und II MitbestG gibt zwar keinen Aufschluss darüber, ob Leiharbeiter bei der Schwelle von „in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern“ mitzählen. Insbesondere ist daraus, dass die Bestimmung – anders als § 1 I Nr. 2 MitbestG – nicht auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern abstellt, nicht zu schließen, für § 9 I und II MitbestG sei allein die arbeitsvertragliche Beziehung zu dem Unternehmen maßgeblich. Für diese Interpretation bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen hinreichenden Anhaltspunkt (vgl. *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2211]).

[32]bb) Der systematische Kontext der Bestimmung spricht jedoch dafür, wahlberechtigte Leiharbeiter bei den für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwerten in § 9 I und II MitbestG zu berücksichtigen.

[33]Leiharbeitern stehen im Rahmen der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in mehrfacher Hinsicht Wahl- und Abstimmungsbefugnisse zu. Nach §§ 10 II 2, 18 S. 2 MitbestG iVm § 7 S. 2 BetrVG sind Leiharbeiter bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. In § 9 I und II MitbestG ist zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert nur von Arbeitnehmern, nicht von wahlberechtigten Arbeitnehmern die Rede. Allerdings können nach § 9 I und II MitbestG die „wahlberechtigten Arbeitnehmer“ die jeweils andere Wahlart beschließen. Das bedeutet, dass bei der Beschlussfassung darüber, ob statt einer Wahl durch Delegierte eine unmittelbare Wahl oder statt einer unmittelbaren Wahl eine Wahl durch Delegierte stattfinden soll, wahlberechtigte Leiharbeiter abstimmen dürfen. Sie können auch den nach § 9 III MitbestG erforderlichen Antrag unterzeichnen und zählen zu dem für den Antrag erforderlichen Quorum von einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Die in § 9 MitbestG zum Ausdruck gelangte Wertentscheidung, dass die Wahlberechtigten über die Art der Wahl befinden können, schließt es aus, wahlberechtigte Personen bei dem Schwellenwert nicht zu berücksichtigen (vgl. *ErfK/Oetker*, § 9 MitbestG Rn. 1; aA *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300 [302]; *Lunk*, NZG 2014, 778 [779]).

[34]cc) Die Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeiter entspricht dem Sinn und Zweck des Schwellenwertes in § 9 I und II MitbestG.

[35]Für Unternehmen mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern schreibt § 9 I MitbestG die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch Delegierte als gesetzliche Regelwahlart vor. Die gesetzliche Präferenz für die Wahl durch Delegierte bei Überschreiten dieses Schwellenwertes beruht auf der Erwägung, dass eine Wahl in Unternehmen und Konzernen dieser Größe mittels betrieblich gewählter Delegierter transparenter sein und eher auch den Belegschaften kleinerer Betriebe und Unternehmen eine wirksame Einflussnahme ermöglichen kann als die unmittelbare Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die den Arbeitnehmern oft kaum bekannt sein werden (Bericht des Ausschus

ses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 7/4845, 6; *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2214]; *WWKK/Wißmann*, § 9 Rn. 4). Für diese Zwecke macht es keinen Unterschied, ob die Arbeitnehmer zur Stammebelegschaft gehören oder ob die Arbeitsplätze mit Arbeitnehmern besetzt sind, die zwar keinen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen haben, aber wie eigene Arbeitnehmer in den Betrieb integriert sind (*Krause*, ZIP 2014, 2209 [2214]; *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814 [819 f.]; aA *Krüger*, EWIR 2013, 627 [628]). Demgegenüber hat das mit der Unternehmensmitbestimmung

verfolgte Ziel einer gleichberechtigten und gleichgewichtigen Teilnahme von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen in Unternehmen (BT-Drs. 7/2172, 16 ff.) für die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwerten keine wesentliche Bedeutung. Ebenso wenig kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, inwieweit Leiharbeitnehmer im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung von unternehmerischen Planungen und Entscheidungen betroffen sind und hierauf Einfluss nehmen sollen (vgl. hierzu *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2215]), und dass der Aufsichtsrat, dessen Tätigkeit nach §§ 111 ff. AktG auf die langfristige Unternehmenspolitik und die Kontrolle strategischer Entscheidungen gerichtet ist, das mittel- und langfristige Geschäftsinteresse wahrt (vgl. hierzu *OLG Hamburg*, NZA 2014, 858 Rn. 32 f.). Der Gesetzgeber hat trotz dieser Gegebenheiten Leiharbeitnehmern das aktive Wahlrecht bei den Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer und bei der Abstimmung über die Wahlart zuerkannt. Deshalb kommt diesen Umständen auch für die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert zu berücksichtigen sind, keine entscheidende Bedeutung zu.

[36]dd) Der Berücksichtigung von wahlberechtigten Leiharbeitnehmern bei dem Schwellenwert von 8000 Arbeitnehmern in § 9 I und II MitbestG steht auch nicht entgegen, dass Leiharbeitnehmer nach § 1 I 2 AÜG im Entleiherbetrieb nur „vorübergehend“ beschäftigt werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass sie von vornherein nicht zu den nach § 9 I und II MitbestG „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmern zählen könnten (aA *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300 [301]). Durch das bei Schwellenwerten in der Mitbestimmung grundsätzlich übliche Merkmal „in der Regel“ will der Gesetzgeber zufälligen Resultaten bei schwankenden Beschäftigtenzahlen vorbeugen. Maßgeblich ist daher die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb oder das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist (vgl. etwa zu § 9 BetrVG: *BAG*, Beschl. v. 12.11.2008 – 7 ABR 73/07, BeckRS 2009, 58799 Rn. 16; *BAG*, NZA 2008, 1142 Rn. 17). Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zu Grunde zu legen, sondern auch die künftige, auf Grund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen (vgl. etwa zu § 9 BetrVG: *BAG*, Beschl. v. 12.11.2008 – 7 ABR 73/07, BeckRS 2009, 58799 Rn. 16; *BAG*, NZA 2008, 1142 Rn. 17). Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird (zB *Erfk/Oetker*, § 1 MitbestG Rn. 6 im Anschluss an *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 9.12.1994 – 19 W 2/94 AktE, BeckRS 1994, 09503 Rn. 18: 17–20 Monate; *Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 62; *Raiser* in *Raiser/Veil/Jacobs*, § 1 Rn. 20; *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2219]: 18–24 Monate; *Ulmer*, FS Heinsius, 1991, 855, 864: 6–12 Monate), als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen einzubeziehen sind (*LAG München*, Beschl. v. 24.7.2007 – 6 TaBV 3/07, BeckRS 2009, 67755 Rn. 33). Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, dh länger als sechs Monate beschäftigt werden (*BAGE* 139, 342 = NZA 2012, 221 Rn. 21 = NJW 2012, 2221 Ls.; *BAG*, Beschl. v. 12.11.2008 – 7 ABR 73/07, BeckRS 2009, 58799 Rn. 16; *BAG*, NZA 2008, 1142 Rn. 17; *NJOZ* 2005, 4140 = NZA-RR 2005, 615 Ls. [zu I 3]). Das gilt auch für Leiharbeitnehmer, wenn das Unternehmen Leiharbeit längerfristig als Instrument zur

Deckung des Personalbedarfs nutzt (*Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814 [817]; *Krause*, ZIP 2014, 2209 [2219] mwN).

[37]ee) Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten steht auch mit der RL 2008/104/EG im Einklang.

[38]Nach Art. 7 I der RL 2008/104/EG werden Leiharbeitnehmer unter Bedingungen, die die Mitgliedstaaten festlegen, im Leiharbeitsunternehmen bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen berücksichtigt, die nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht oder in Tarifverträgen vorgesehen sind. Sie zählen also grundsätzlich beim Verleiher. Nach Abs. 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Leiharbeitnehmer auch im entleihenden Unternehmen in derselben Weise berücksichtigt werden wie Stammarbeitskräfte. Art. 7 III der RL 2008/104/EG regelt, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Verpflichtung nach Abs. 1 umzusetzen, wenn sie die Option nach Abs. 2 wahrnehmen. Daraus wird die Auffassung abgeleitet, Leiharbeitnehmer seien bei den Schwellenwerten der Mitbestimmung beim Entleiher nicht mitzurechnen, weil der deutsche Gesetzgeber von dem nach Art. 7 II und III der RL 2008/104/EG eingeräumten Wahlrecht bisher keinen Gebrauch gemacht habe. Anderenfalls hätte er das Gesetz in § 14 II AÜG ändern oder die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern in §§ 1, 9 MitbestG ausdrücklich anordnen müssen. Der Rechtsprechung sei eine solche Rechtsfortbildung verwehrt (so *Rieble*, NZA 2012, 485 [487]; *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300 [302]). Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass Art. 7 II der RL 2008/104/EG sich auf die Schwellenwerte für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen bezieht und deshalb für den Schwellenwert des § 9 I und II MitbestG, der für die Art der Wahl der bereits eingerichteten Arbeitnehmervertretung maßgeblich ist, schon seinem Wortlaut nach nicht einschlägig ist. Im Übrigen ergibt die vorstehend vorgenommene Auslegung der gesetzlichen Regelung in § 9 I und II MitbestG anhand des Wortlauts, des Gesamtzusammenhangs und von deren Sinn und Zweck, dass der Gesetzgeber die Berücksichtigung von wahlberechtigten Leiharbeitnehmern bei dem Schwellenwert in § 9 I und II MitbestG vorgesehen hat.

[39]3. Damit hat das LAG zu Recht angenommen, dass auf Stammarbeitsplätzen beschäftigte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer bei dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert zu berücksichtigen sind. Die Feststellung, dass der Schwellenwert des § 9 I MitbestG von in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Bekanntmachung der Wahl gem. § 13 III der 3.WO am 11.7.2011 überschritten war, ist rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden. Der Hauptwahlvorstand hat seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten, indem er bei der Festlegung der Delegiertenwahl als gesetzlicher Regelwahlart

BAG: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert in § 9 MitbestG (NZA 2016, 559)

565

von 8341 in der Regel beschäftigten und 8176 wahlberechtigten Arbeitnehmern ausgegangen ist.

[40]a) Entgegen der Auffassung der Bet. zu 1 bis 14 hat der Hauptwahlvorstand diese Entscheidung auf einer nachvollziehbaren Tatsachengrundlage getroffen. Er hat in seiner Sitzung vom 5.7.2011 festgestellt, dass unter Einbeziehung der auf Stammarbeitsplätzen eingesetzten wahlberechtigten Leiharbeitnehmer am 1.7.2011 8341 Personen in allen Betrieben der Unternehmen beschäftigt waren. Dabei hat er ausweislich des Protokolls Nr. 4 vom 5.7.2011 nicht nur festgestellt, dass alle korrigierten Wählerlisten aus den einzelnen Standorten vorlagen. Bei der Ermittlung der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer hat der Hauptwahlvorstand „alle

korrigierten Wählerlisten aus den einzelnen Standorten“ zu Grunde gelegt. Dies ist nicht zu beanstanden. Nach § 11 I 3.WO übersendet der jeweilige Betriebswahlvorstand dem Hauptwahlvorstand eine Kopie der Wählerliste und teilt ihm die Zahlen der in der Regel im Betrieb beschäftigten in § 3 I Nr. 1 MitbestG bezeichneten Arbeitnehmer und leitenden Angestellten mit. Die Aufstellung der Wählerlisten und die Ermittlung der in der Regel Beschäftigten ist daher grundsätzlich Sache der Betriebswahlvorstände. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Hauptwahlvorstand Listen zu Grunde legen muss, die fehlerhaft sind. Hier kann der Hauptwahlvorstand nicht nur die Beseitigung von Fehlern verlangen, er hat im Zweifel auch ein Selbsteintrittsrecht (WWKK/*Wißmann*, vor § 9 Rn. 72–75, 105) und kann deshalb die regelmäßige Arbeitnehmerzahl eigenständig festlegen. So wäre der Hauptwahlvorstand nicht an die ermittelte Zahl der regelmäßig Beschäftigten gebunden, wenn in den Wählerlisten Leiharbeiter nicht oder nach unzutreffenden Grundsätzen berücksichtigt worden wären. Dafür besteht hier aber kein Anhaltspunkt. Der Hauptwahlvorstand hat die Listen überprüft und ausgewertet. Nach den Feststellungen des LAG hat er 444 wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen berücksichtigt. Die Rüge der Antragsteller, das LAG habe die ihm obliegenden Aufklärungspflichten verletzt, indem es seiner Entscheidung ausschließlich die vom Hauptwahlvorstand veranschlagte Arbeitnehmerzahl zu Grunde gelegt habe ohne zu überprüfen, ob die Leiharbeiter tatsächlich einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf befriedigen sollten, greift nicht durch. Nach den Feststellungen des LAG wurden ausschließlich wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen berücksichtigt. Die Antragsteller haben nicht dargelegt, bei welchen der vom Hauptwahlvorstand berücksichtigten Leiharbeiter das nicht der Fall gewesen sein sollte.

[41]b) Das LAG hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Berücksichtigung von 444 wahlberechtigten Leiharbeitern auf Stammarbeitsplätzen der regelmäßigen Beschäftigungslage in den Unternehmen entsprach. Dabei hat das LAG nicht lediglich auf die aktuelle Beschäftigtenzahl im Juli 2011 abgestellt. Es hat seiner Feststellung vielmehr den Überblick der Bet. zu 16 bis 18 über die Beschäftigtenzahlen seit November 2010 zu Grunde gelegt. Dieser Referenzzeitraum ist für die Ermittlung der die Unternehmen kennzeichnenden Belegschaftsstärke ausreichend. Danach wurden in der Zeit ab November 2010 bis zu der Wahlbekanntmachung am 11.7.2011 – einschließlich der wahlberechtigten Leiharbeiter – ständig über 8000 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Zahl der Leiharbeiter, deren Einsatz bei den Bet. zu 16 bis 18 grundsätzlich länger als drei Monate vorgesehen ist, lag in der ersten Jahreshälfte 2011 zwischen 428 und 462. Das LAG hat überdies nicht nur den Personalbestand für diesen Zeitraum berücksichtigt, sondern die Entwicklung vor dem Hintergrund der schwankenden Reifenproduktion der Bet. zu 16 in dem Zeitraum von Anfang des Jahres 2009 bis Ende September 2011 beurteilt. Dabei hat es festgestellt, dass die Zahl der Arbeitnehmer einschließlich der Leiharbeiter, die im Konzern länger als drei Monate eingesetzt waren, nicht jede Abwärtsbewegung mitmachte. Abgesehen von einer „kleinen Delle“ Ende des zweiten Quartals 2010 entwickelte sich die Zahl der Arbeitnehmer ab dem dritten Quartal 2009 stetig nach oben und lag ab dem dritten Quartal 2010 über 8000. Diese Entwicklung war im Jahr 2012 rückläufig. Nach den Feststellungen des LAG bestanden jedoch zum Zeitpunkt der Bekanntmachung im Juli 2011 keine Anhaltspunkte für diese künftige Entwicklung. Die Antragsteller rügen zu Unrecht, das LAG habe nicht aufgeklärt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Einstellung von Leiharbeitern im Jahr 2011 durch eine Sonderkonjunktur veranlasst war. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LAG ging die

Entwicklung der Beschäftigtenzahlen, von einer „kleinen Delle“ abgesehen, seit November 2009 stetig nach oben. Die Antragsteller haben nicht vorgetragen, woraus im Juli 2011 hätte geschlossen werden können, dass der Personalbestand in absehbarer Zeit rückläufig sein und unter 8000 Arbeitnehmer iSv § 9 I und II MitbestG absinken würde. Die behauptete Äußerung des *Dr. L* in der Aufsichtsratssitzung vom 20.3.2012, das Jahr 2011 sei ein Rekordjahr gewesen, in dem die Beschäftigungslage auf einer Sonderkonjunktur beruht habe, genügt dazu nicht. Aus dieser Äußerung kann nicht geschlossen werden, dass dafür bereits im Juli 2011 greifbare Anhaltspunkte bestanden.

Anm. d. Schriftltg.:

S. zu dieser Entscheidung den Kommentar von Künzel/Schmid, NZA 2016, 531, in diesem Heft. Zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten in der Unternehmensmitbestimmung vgl. bereits *Lunk*, NZA 2014, 778, und *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814; zu Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat s. jüngst *Schönhöft/Oelze*, NZA 2016, 145; „Zählen und wählen Arbeitnehmer im Ausland nach deutschem Mitbestimmungsrecht?“ fragen *Winter/Marx/De Decker*, NZA 2015, 1111.

Parallelfundstellen

ArbRAktuell 2015, 556 (m. Anm. Dr. Christian Arnold) ♦ BB 2016, S. 1146 ♦ BeckRS 2015, 73418
♦ FD-ArbR 2015, 373759 ♦ GWR 2016, 215 (m. Anm. Dr. Peter Breschendorf) ♦ LSK 2016,
020516 (Ls.) ♦ AG 2016, 363 ♦ AuR 2015, 462 ♦ AuR 2015, 462 L ♦ AuR 2016, 257 ♦ AuR 2016,
257 L ♦ DB 2016, 1081 ♦ EWiR 2016, 317 ♦ NWB 2015, 3449 ♦ ZIP 2016, 783